

# 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件にみる 思想・良心の自由と教育の自由

榎 透

## 目 次

- I 問題の所在
  - 1 問題の背景
  - 2 問題の構造
  - 3 本稿の課題
- II 「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決
  - 1 事実の概要
  - 2 判旨
- III 思想・良心の自由からの分析
  - 1 ピアノ伴奏拒否行為は思想・良心の自由で保障されるか
  - 2 「君が代」裁判における思想・良心の自由の意義と問題点
- IV 教育の自由の可能性
  - 1 教育の自由とは
  - 2 教育の自由を論ずることの意義
- V むすびにかえて

## I 問題の所在

### 1 問題の背景

日本の教育現場では現在、特に入学式や卒業式といった式典において、「君が代」の斉唱が行われている。しかも、公立の小中高の各学校卒業式での「君が代」斉唱の実施率は、今やほぼ100%である。実施率という数字だけを見るならば、学校儀式における「君が代」斉唱は定着したようにも思える。しかし、実際には、周知のように、しばしば「君が代」の斉唱に反対する立場が表明されており、多くの問題を引き起こしているといえる<sup>1)</sup>。

それでは、教育現場における「君が代」斉唱が引き起こしている問題とは何であろうか。学校での式典は通常、厳粛な雰囲気で行われる。たしかに、式典の参加者の中には、進んで斉唱する者もいるであろう。その一方で、式典に参加する全ての者が「君が代」の斉唱に賛同するとは考えにくいし、自分が「君が代」を斉唱することに異存はなくても、強制のような形がとられることに疑問を持つ者も存在するはずである。しかしながら、式典の全参加者に「君が代」斉唱が求められたときに、それに疑問をもつ者が斉唱を断るのは実際上難しいように思われる。そうだとすれば、学校が「君が代」を斉唱したくない者に対する適切な配慮をしない限り、自らの意思に反して、「君が代」斉唱やそのための伴奏を強いられる者が現れることになる。

以上のような、学校における「君が代」斉唱の問題は、近年突如として現れたものではない。文部省（当時）は、「日の丸」掲揚と「君が代」斉唱について、1958年改訂の学習指導要領で祝日におけるそれらの実施を「望ましい」と明記したのを手始めに、1989年改訂の学習指導要領で入学式や卒業式におけるそれらの実施を「指導するものとする」と義務化し、教育現場への指導を強めてきた<sup>2)</sup>。

さらに1999年の国旗・国歌法の成立と、2006年の「改正」教育基本法の成立を受けて、

その指導はますます強いものになった<sup>3)</sup>。前者は、日本国民統合が必要とされ、国旗・国歌の存在が重視される中で、「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱に対する学校の教員の反対を押しつぶし、学校現場の混乱をなくすために制定されたものといえよう<sup>4)</sup>。また、後者の法改正で盛り込まれた「愛国心」条項については、政府が考える正しい「愛国心」を基準に、評価を通じた児童・生徒の内心への働きかけの危険が指摘されており<sup>5)</sup>、「君が代」の斉唱の有無が生徒の評価に結び付く危険を生じさせている。

## 2 問題の構造

学校教育現場での「君が代」問題には、複数のアクターが存在する。それは、言うまでもなく、国、教育委員会、校長、教員、そして児童・生徒である。国（文部科学省）は、学習指導要領を作成して、教員に生徒・児童への「君が代」斉唱の指導を求める。各都道府県・各市町村の教育委員会は、各学校に出す通達などを通じて、しばしば学習指導要領の趣旨の徹底化を図る。そして、学校には、教員に対して職務命令を出す権限を有する校長、それに従うと同時に児童・生徒を指導する教員、および児童・生徒がいる。

ということは、学校という場で、自らの意思に反して、「君が代」斉唱等を強いられる可能性がある者として考えられるのは、主に教員と児童・生徒である。前者は、教育委員会の通達やそれを受けた校長の職務命令が、教員に斉唱等を強いる場合である（教育委員会→校長→教員）。後者は、校長や教員の指導が児童・生徒を被害者にする場合である（校長・教員→児童・生徒）。つまり、強制される者は教員の場合と児童・生徒の場合とがあり、構造的には教員は加害者にも被害者にもなりうる<sup>6)</sup>。

## 3 本稿の課題

学校儀式における「君が代」の問題は、その斉唱やピアノ伴奏をめぐる、裁判でも争われてきた。大多数の裁判では、教師が原告となって、「君が代」斉唱・伴奏に反対する行為を理由とする処分の取消や、処分に対する損害賠償を求めるものであった（「教育委員会・校長→教員」型の問題）<sup>7)</sup>。その裁判で、憲法上の主たる論点となったのは、思想・良心の自由と教育の自由である。教育委員会や校長が教師に対して「君が代」の斉唱・伴奏を命ずることが、教師の有するそれらの自由を侵害するか否かが争われてきた。

多数にのぼる「君が代」関連裁判の中で、2007年2月27日に注目すべき判決が出された。「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決<sup>8)</sup>である。この最高裁判決に注目するのは、この判決が教育現場での「君が代」裁判における初の最高裁判決だからである。そのため、これは法的にはもちろん、教育現場にも大きな影響を与えと考えられる。そこで本稿は、この最高裁判決に関してこれまで公表された諸論考を分析することで、学校儀式における「君が代」問題について、現時点での憲法学説および判例の到達点を確認することを目的とする。このため、本稿の考察は、「教育委員会・校長→教員」型の問題、すなわち教師に対する人権侵害の場面に限定し、「校長・教員→児童・生徒」型の問題を直接の対象にしないものとする。

## Ⅱ 「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決

### 1 事実の概要

君が代ピアノ伴奏拒否事件（以下、「本件事件」というときがある）の経緯は、次のようなものであった。市立小学校の音楽の教諭Xが、

入学式の国歌斉唱の際に「君が代」のピアノ伴奏を伴う内容の職務命令（以下、「本件職務命令」という）を校長から受けた。Xがこの命令に従わず、式においてピアノ伴奏をしなかったところ（式では、「君が代」の録音テープで伴奏がなされた）、東京都教育委員会は、Xに対し、本件職務命令に従わなかったことが地方公務員法32条及び33条に違反するとして、地方公務員法（平成11年法律第107号による改正前のもの）29条1項1号ないし3号に基づき、戒告処分をした。Xは、この処分が違法であるとして、その取消を求めて提訴した。第1審の東京地裁<sup>9)</sup>、第2審の東京高裁<sup>10)</sup>はともに、外部的行為であっても思想・良心の自由の問題になるとしつつ、本件職務命令が当該自由に対する制約であっても、それは公務員の職務の公共性に由来するやむを得ないものであるとして、Xの請求を棄却した。このため、Xが上告した。

## 2 判 旨

最高裁は、本件職務命令の憲法19条適合性という論点について、次のように判断した。

(1) 「『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏することはできない、また、子どもに『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、子どもの思想及び良心の自由を実質的に保障する措置を執らないまま『君が代』を歌わせるという人権侵害に加担することはできないなどの思想及び良心を有する」というXの考えは、「『君が代』が過去の我が国において果たした役割に係わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等ということができる」。しかし、「本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づ

く一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くもの」といえず、本件職務命令が、直ちにXの有する「上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできない」。

(2) 「本件職務命令当時、公立小学校における入学式や卒業式において、国歌斉唱として『君が代』が斉唱されることが広く行われていたことは周知の事実であり、客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといわざるを得ない」。

「本件職務命令は、上記のように、公立小学校における儀式的行事において広く行われ、A小学校でも従前から入学式等において行われていた国歌斉唱に際し、音楽専科の教諭にそのピアノ伴奏を命ずるものであって、上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするのではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることもできない」。

(3) 「地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有する」地方公務員の特殊性及び職務の公共性にかんがみ、地方公務員法は「地方公務員がその職務を遂行するに当たって、法令等に従い、かつ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない旨規定するところ」、Xは「法令等や職務上の命令に従わなければならない立場にあり、校長から同校の

学校行事である入学式に関して本件職務命令を受けたものである。そして、学校教育法 18 条 2 号は、小学校教育の目標として『郷土及び国家の現状と伝統について、正しい理解に導き、進んで国際協調の精神を養うこと。』を規定し、学校教育法（平成 11 年法律第 87 号による改正前のもの）20 条等に基づいて定められた「小学校学習指導要領（平成元年文部省告示第 24 号）第 4 章第 2 D（1）は、学校行事のうち儀式的行事について、『学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと。』と定めるところ、同章第 3 の 3 は、『入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする。』と定めている。入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことは、これらの規定の趣旨にかなうものであり、A 小学校では従来から入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で『君が代』の斉唱が行われてきたことに照らしても、本件職務命令は、その目的及び内容において不合理であるということとはできないというべきである」。

- (4) 以上より、「本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法 19 条に反するとはいえない」<sup>11)</sup>。

なお、那須弘平裁判官の補足意見、藤田宙靖裁判官の反対意見がある。

### Ⅲ 思想・良心の自由からの分析

#### 1 ピアノ伴奏拒否行為は思想・良心の自由で保障されるか

この「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟では、学校儀式における「君が代」訴訟の中でも、教員

にピアノ伴奏を命じる校長の職務命令が、教員 X の思想・良心の自由を侵害するか否かが争われ、最高裁はこれを否定した。

ここで問われた X の思想・良心とは、判旨の (1) にある通り、①過去の日本のアジア侵略と結び付いた「君が代」を公然と歌ったり、伴奏することはできないという、音楽教師としての思想・良心、②子どもに配慮せずに、「君が代」を歌わせるという人権侵害に加担できないという、教師としての思想・良心、③「君が代」が過去の我が国において果たした役割に係わる X 自身の歴史観ないし世界観およびこれに由来する社会生活上の信念等、の 3 つが結合したものであろう。「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟では、これら思想・良心が、憲法上の思想・良心の自由の観点から、どのように評価されるかが問われたのである。

#### (1) 外部的行為は憲法 19 条で保障されるか

##### ① 外部的行為と憲法 19 条

ピアノ伴奏拒否の憲法上の評価を考察する上で、まずは、そもそも憲法で保障されるべき「思想及び良心」の内容をめぐって議論が提出された。すなわち、第 1 の論点は、思想・良心の自由を定めた憲法 19 条の保障が、内心に留まるか、外部的行為にまで及ぶかである<sup>12)</sup>。換言すれば、思想・良心に基づく外部的行為の強制を拒否することは、憲法 19 条によって保障されるか否かである。これは、ピアノ伴奏を拒否する行為が、「内心」に留まるものではなく、外部に表出するものであることから、重要な論点である。

この点に関して、従来の憲法学説は、一方で外部的行為の保障に関しては表現の自由を定めた憲法 21 条にその根拠を求め、他方で内心の保障に関しては、思想・良心の自由を定めた憲法 19 条にその根拠を求めて、19 条



の「侵してはならない」の意味を次のように解してきた。第1の意味は、国民がいかなる思想・良心を持とうとも、それが内心に留まる限りは絶対的に自由である、ということである。したがって、国家は、内心の思想に基づいて不利益を課したり、あるいは、特定の思想を抱くことを強制したり、禁止したりすることができない。第2の意味は、国民がいかなる思想を抱いているかについて、国家権力が露顕を強制することは許されないことである。すなわち、思想についての沈黙の自由が保障される<sup>13)</sup>。

このように、憲法は内心に留まる「思想及び良心」に対して保障を及ぼすと解されてきた。しかし、これでは、思想・良心に基づく斉唱や伴奏という外部的行為に対して、思想・良心の自由からの保護を適切にしない<sup>14)</sup>。そこで、近年の学説の中には、上記2つに加えて、次のような第3の意味を付け加える見解も登場した。これは、思想・良心に反する行為を強制できない、というものである<sup>15)</sup>。それは、憲法の保障がどのような場合に及ぶかについては一致していないものの、憲法19条の保障が内心に留まるものに限定されず、外部的行為にも及ぶ可能性を示している。とすれば、「君が代」のピアノ伴奏や斉唱は、外部的行為であっても、思想・良心の自由の問題になりうる。実際に、本件の控訴審判決は、「本件職務命令……自体は、控訴人に一定の外部的行為を命じるものであるから、控訴人の内心領域における精神的活動までも否定するものではないが、人の内心領域における精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものといえるから、『君が代』を伴奏することを拒否するという思想・良心を持つ控訴人に『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、この控訴人の思想・良心に反する行為を

行うことを強いるものであって憲法19条に違反するのではないかということが問題となり得る」としていた<sup>16)</sup>。

## ② 最高裁の立場

それでは、最高裁の立場はどうであろうか<sup>17)</sup>。最高裁は、『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、……などの思想及び良心を有する」というXの考えは、内心の問題であり、憲法19条で保障される「思想及び良心」の範囲に入ると理解する。これに対して、本件入学式で国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、「上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くもの」といえないとして、ピアノ伴奏という外部的行為と内心とを切り離す。しかも、最高裁は伴奏行為自体を「上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するということを外部に表明する行為であると評価することは困難」であるとして、そもそも伴奏拒否行為の中に思想を見出さない。このような最高裁の判断は、控訴審と正反対の捉え方をするが、保障の範囲を内心に限定する従来の通説の枠組みからすれば、ありえない結論ではない<sup>18)</sup>。

もっとも、最高裁が憲法19条によって思想・良心に基づく外部的行為を保障するか否かについては、判決の読み方が分かれている。第1の読み方は、最高裁が思想・良心の自由の侵害の有無を論じる際に注目するのは「内心」であって外部的行為でないことから、思想・良心の自由を定める憲法19条では外部的行為の自由はそもそも保障されない、というものである。そして、この読み方を前提に、一方では、Xの内心とピアノ伴奏の拒否という外部的行為とを遮断する思考を問題視して、最高裁に批判的な立場があり<sup>19)</sup>、他方

では、内心と外部的行為との遮断を問題視せずに、最高裁の結論を支持する立場がある<sup>20)</sup>。

第2の読み方は、思想・良心の自由によって外部的行為の自由は憲法上保障されるが、本件におけるピアノ伴奏行為の拒否はこのような外部行為に該当しないから憲法上保障されない、というものである<sup>21)</sup>。例えば、調査官解説は、「本判決は、……Xの内心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することが憲法19条の問題となり得るものであるということを前提として、本件職務命令によって命ぜられる『君が代』のピアノ伴奏という行為は……そのような外部的行為に当たらないと判断したものと考えられる」と述べている<sup>22)</sup>。この解説は、その理由に「一般的にはXの歴史観ないし世界観と不可分に結び付くものとはいえない」ことを挙げるが、それ以上の説明はない<sup>23)</sup>。

もっとも、この点について、最高裁は、「一般的に」も何らかの形で、ピアノ伴奏拒否行為と「歴史観ないし世界観」が「不可分に結び付く」場合があると考えており、その場合には、拒否行為の対象である外部行為の強制が、「上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するもの」に当たる、と理解することもできよう<sup>24)25)</sup>。しかし、那須裁判官の補足意見が指摘するように、ここでは、「一般的」な考察でなく、「上告人自身」の考えが重要であったはずである<sup>26)</sup>。というのは、「多数意見は、思想・良心のあり方が個人によって多様であるという出発点を見捨てる」という批判にもあるように、「一般的」「客観的」な分析は、思想・良心の多様性という本来のあり方に反するからである<sup>27)</sup>。このため、Xの考え方がなぜ「内心の核心部分」に入らないのか、という疑問が残る<sup>28)</sup>。

また、そもそも、どちらの読み方であって

も、「君が代」のピアノ伴奏拒否行為が憲法上保護されないとすれば、学校と無関係な人に儀式でのピアノ伴奏を命じても憲法上の権利侵害とはいえなくなるという指摘がある<sup>29)</sup>。この指摘が示すように、伴奏拒否行為を思想・良心の問題と捉えないとすれば、伴奏拒否行為をそれ以外の自由で保障する必要性が生じる。

### ③ 問題とすべき「思想・良心」

さらに、ここで問題とすべき「思想・良心」とは何であるかについて、考える必要がある。「君が代」ピアノ伴奏拒否事件において、Xは、自身の音楽教師、教師、個人としての各思想・良心を問題としていた<sup>30)</sup>。しかし、各論考で指摘があるように、最高裁が「歴史観・世界観」と捉えるのは、「公然と歌ったり、伴奏することはできない」の箇所を除いた、過去の日本のアジア侵略と結び付いた「君が代」であることから、Xの主張よりも思想・良心の範囲を狭く解していると考えられる<sup>31)</sup>。そこではX個人の思想・良心だけが問題とされ、その理由は詳らかでないが、Xの音楽教師、教師に関する思想・良心は最高裁の考慮の外にある。後述するように、この最高裁の態度については、異論がある。

この点で、藤田裁判官の反対意見が注目される。これは、抑圧を狙った対象は「『君が代』の斉唱をめぐり、学校の入学式のような公的儀式の場で、公的機関が、参加者にその意思に反してでも一律に行動すべく強制することに対する否定的評価」である、というものである<sup>32)</sup>。おそらく、実際の学校教育の現場でも、教師が「君が代」自体を否定的に評価し、それを理由に斉唱や伴奏を拒否する場合と、「君が代」自体の評価はともかく、学校卒業式のような式典における斉唱・伴奏の

強制を否定的に評価し、それを理由に斉唱や伴奏を拒否する場合があると思われる。少なくとも後者の場合であれば、藤田裁判官の反対意見のような理解がまさに適合する。

## (2) 一般的義務に対する個別的免除：どのような場合に免除されるか

思想・良心を理由とした外部的行為が憲法上保障されるということは、自己の思想・良心に基づいて、一般的義務を拒否し、その義務の免除を求めることができるのか、と言い換えることができる。「君が代」ピアノ伴奏拒否事件では、ピアノ伴奏が校長の職務命令により義務づけられていることから、自己の思想・良心を理由にその義務が免除されるか否かを問うことになる（最高裁は義務免除を否定した）<sup>33)</sup>。第2の論点は、どのような場合に免除が認められるべきか、である。「一般的義務に対する個別的免除」という構成を明確に意識した学説を手がかりに、この点を検討したい。

学説では、この義務免除を安易に認めると、「おそらく政治社会は成り立たないであろう」という指摘がある<sup>34)</sup>。典型例として示される「良心的兵役拒否」でさえも、「それが戦争における殺人行為にかかわるという異常性による」から認められるのであって、しかも、それを認める場合にはかなりの限定が加えられる<sup>35)</sup>。このように理解する学説の中には、「君が代」の斉唱・ピアノ伴奏拒否は、義務免除が認められるような場合に当たらないと指摘するものがある<sup>36)</sup>。また、最高裁は「公務員が職務上の義務に対し自己の憲法上の権利を主張することは、そもそもできない」という立場に立っているとの理解を前提にして、公務員に対する人権制約根拠を憲法的秩序の構成要素に求め、本件では「音楽専科の教諭」に対する「職務」を強調した、という理解もある<sup>37)</sup>。

しかし、個人の自律が尊重されるべき現代社会では、公務員の職務上の義務拒否のように、「良心的兵役拒否」以外の場合であっても、義務免除が認められる余地の有無を検討する必要がある。義務免除の問題は、すでに現在の日本社会でも生じており、かつ、その検討もなされている<sup>38)</sup>。例えば、信仰に基づく剣道実技の免除要求に対して、校長が原級留置・退学処分にしたことの是非が争われた、「エホバの証人」剣道実技拒否事件<sup>39)</sup>を想起すればよい。

もちろん、こうした検討を行う上で、思想と社会的義務の対立をいかに調整するかは難問である。というのは、第1に、両者の衝突が様々な場面で生じるため、「その調整は概括的・一般的に行うことができず、個々の具体的な事情の細かな考慮が不可欠である」からだし、第2に、「個人の思想・信仰という人格の本質的部分が関連するものである以上」、どちらを優先させるにせよ、「きわめて困難な判断を強いられる」からである<sup>40)</sup>。

この難問について、「君が代」ピアノ伴奏拒否の問題を義務免除の視点から論じる戸波江二は、単なる思いつきや嗜好に基づく表面的な考えによるものではなく、信仰に匹敵する強い信念や世界観的信条に裏打ちされているのであれば、義務免除の根拠とするべきであると述べる。そして、彼によれば、具体的な検討の際には、「①課される社会的義務の内容・特質・必要性、②社会的義務と思想・信仰との対立が生ずる状況、③主張された思想・信仰の内容、社会的義務によって被る思想・信仰の制約の程度・態様、④社会的義務を拒否することによって与えられる不利益の程度」が考慮すべき要素となる<sup>41)</sup>。そして、戸波は、校長によるピアノ伴奏拒否の合憲性判断に厳格審査を要求し、本件において、「厳粛な式の実施」という職務命令の目的とピアノ伴奏とが直接結び付かないこ

とや、「教育的効果」という目的が重要ではなく、またピアノ伴奏との間の必要不可欠性がないことなどを指摘し<sup>42)</sup>、その違憲性を示す。たしかに、音楽教師または教師として、学校教育法等の規定から、かりに生徒に対する国歌斉唱の指導義務を負ったとしても、音楽教師に対するピアノ伴奏義務までも生じるわけではない。

これに対しては、義務免除を安易に認めることの弊害を考慮し、「本来優越的自由権の制限の合憲性審査等で妥当するとされる厳格審査基準を、この場面でそのまま用いることには、疑問が残る」として、義務免除の可否という点から、「君が代」の斉唱・ピアノ伴奏拒否を審査する場合に厳格度が緩和された基準の使用を示唆する見解がある<sup>43)</sup>。このように、本件のような問題を義務免除という型で構成したとしても、その構成によって問題の具体的な解決方法や審査基準が決定するわけではない。これは、学説の今後の課題の1つである。

また、ここでいう「個人」が教師個人である場合に、そうした教師個人の思想・良心に基づく義務免除については異論もある。西原は、この問題を考える場合には子ども中心主義と教師中心主義があると指摘した上で、後者については、教師個人の思想・良心の自由に対する侵害だけを問題として、子どもの成長・発達に対する影響をすべて教師の善意に解消することに疑問を呈している<sup>44)</sup>。それは、教師が子どもの思想・良心を侵害しうるからである。このため、西原は教師の「君が代」斉唱・伴奏の義務免除の根拠を、教師個人の思想・良心ではなく、「教師の坑命義務」「子どもの人権を保護する義務」に求めるのである<sup>45)</sup>。これは、(1) ③で見た問題とも関連する。すなわち、教師の「君が代」斉唱・伴奏の義務免除を検討する上で、教師個人の思想・良心、教師としての思想・良心、またはその両者を併せ持った思想・良心の中で、

どの「思想・良心」を考えるのが最も適当なのだろうか。この点についても、学説で見解が一致しているわけではないのである。

### (3) 佐々木説：「自発的行為の強制」型

第3の論点は、学校儀式における「君が代」斉唱・伴奏をめぐる問題を精力的に検討した佐々木説の評価であろう。佐々木は、憲法19条が現実世界でいかなる力を持つのかという点から考えたときに、従来の理解では不十分だと指摘した上で、「内心に有るものを理由とした不利益取扱い」と「内心に有るものに反する外部的行為の強制」の場面を認識し、これらが憲法19条からどのように解釈論として導出できるかを考察する<sup>46)</sup>。前者の「不利益取扱い」型は憲法19条によって絶対に禁止されると理解される。また、後者は「自発的行為の強制」と「外面的行為の強制」という2つの類型に分類され、その上で考察が行われる。

「自発的行為の強制」型とは、公権力が「行為者の自発性ないしは自主性に基づいてはじめて、意味がある」と考えられるような行為（これを「自発的行為」という）を強制することは、憲法19条に照らして許されない。その効果は、「その強制が全体として（誰に対しても）違憲無効となる、と考えられる」<sup>47)</sup>。

「外面的行為の強制」型とは、「公権力が、特定内容の『内心に有るもの』を侵害する意図なしに、一般的な規制措置を行う場合に、その規制による『外面的行為の強制』が、或る個人の保持する特定内容の『内心に有るもの』と、深いレベルで衝突するとき、同規制からその個人を免除することが憲法上の要請である。ただし、免除しないことを正当化する非常に強い公共目的が存在する場合には、この限りでない。また、可能な場合には、免除される者に、当該規制に代替するような負担が課せられるべきである」。



この型において、思想・良心の自由を憲法で保障する効果は、当該個人に対する義務免除に限られ、規制は全体として有効である<sup>48)</sup>。

以上の型の設定を踏まえ、公立学校卒業式におけるピアノ伴奏や斉唱について検討がなされる。佐々木は、伴奏と斉唱は区別されるという。卒業式などの儀式における国歌斉唱を「外面的行為の強制」型だと理解すると、起立して斉唱するという行為は、その人の内面の深いレベルでの衝突が起きる場合にのみ、それに免除を認めうる。したがって、この型では、義務免除が認められる範囲は狭くならざるを得ない<sup>49)</sup>。そこで、佐々木は「自発的行為の強制」型として、儀式における斉唱の問題を処理する。そして、対教員との関係では、斉唱は内面の思想を推測させる「自発的行為」といえるとするのである<sup>50)</sup>。これに対して、「自発的に『国歌の斉唱』を行いたい人たちにとっての友好的な環境整備に関わる職務を、教員は遂行せねばならない」ことから、ピアノ伴奏それ自体は教師の職責であって内面と結合しない「外面的行為」の問題であり、「自発的行為」の強制では論じられないというのである<sup>51)</sup>。

以上のような佐々木説は、憲法19条の解釈論の整理と併せて、思想・良心の自由に基づく「君が代」斉唱・ピアノ伴奏拒否行為の救済の可否を検討するものである。しかし、「自発的行為の強制」に関してはともかく、「外面的行為の強制」に関して、思想・良心の自由侵害を、個人の「内心に有るもの」と「深いレベルで衝突するとき」場合に限定するが、これに該当する事例は極端に少なくなるおそれがある<sup>52)</sup>。しかも、「自発的行為の強制」型を模索するといっても、そもそも「自発的行為の強制」と「外面的行為の強制」という類型は、実際問題として、それぞれ上手く分けることができるのであろうか。

後者の問題点については、棟居の以下のような批判がある。棟居によれば、「自発的行為の強制」のみが違法になるという考えは、「外觀上も強制のゆえであって自発的意思のゆえではないことが明白でありさえすれば」、この類型に該当せずに原則合憲となる。「処分内容が重ければ重いほど、そもそも強制された外面的行為」となり、『『自発的行為』という外觀を呈する余地が存在しない』。保護者や地域などからの同調圧力といった制度外の圧力も含めると、伴奏が「自発的行為」と見なされることはほとんど無く、「儀礼的行為として……周りからは重大視されずに済んでしまうであろう」<sup>53)</sup>。こうした批判からすれば、実際に、本件で問題とされる、ピアノ伴奏行為を「環境整備に関わる職務」ゆえに「外面的行為」と言い切ってしまうのか、疑問である。佐々木説の類型化の意義や、斉唱とピアノ伴奏の区別の意味についても、その意義と問題点を検証する必要がある。

#### (4) 国家の思想的・信条的中立性

第4の論点は、国家の思想的中立性または信条的中立性から、「君が代」斉唱・伴奏問題を捉えるかどうかである。

棟居は、「真の問題は、教師の思想の自由という内面の保障にあるのではなく、そもそも公教育ひいては国家が個人の価値観の根幹にかかわる論点につき、未熟な生徒に対して、儀式などの肯定的雰囲気を利用して、一定の解答を刷り込むことが許されるのか、という点にある。すなわち、問われているのは、国家の思想的中立性からの逸脱の有無如何である」<sup>54)</sup>と述べ、その上で国家の思想的中立性の要請は、思想の自由の保障それ自体から派生するというべきだとする<sup>55)</sup>。

また、「君が代」斉唱に関して言及されたものであるが、西原も、『『君が代』の斉唱指導

が……信条的中立性を義務づけられた国家に許された範囲を超えているのではないかという疑念が成り立ち得る」と述べる<sup>56)</sup>。この信条的中立性は、憲法19条の客観法的側面から導出されるものだと説明され<sup>57)</sup>、このような観点から、国家は、国民の間で多様な見解が成立しうる思想・良心に関する問題について、中立性を義務づけられ、自らが「正しい」と判断することはできない。そして、特定内容の道徳・イデオロギーを教え込むことに向けられた教育は、国家の中立性に反し、憲法上許されず、「君が代」斉唱指導が許容されるにはそれ以外の目的であることを合理的に説明できるかどうかにかかってくる<sup>58)</sup>。

このような見解は、憲法19条の思想・良心の自由から、個人の主観的権利ではなく、客観法的な側面、すなわち国家が思想・信条の点で中立であることを導出する<sup>59)</sup>。たしかに、「近代憲法の基礎にある国家の価値中立性=思想の自由競争という大前提」<sup>60)</sup>があるとしても、憲法19条から具体的な裁判の場で使用できるほどの意味を持ちうるものを導き出せるだろうか。これは慎重な検討を要する問題である<sup>61)</sup>。

## 2 「君が代」裁判における思想・良心の自由の意義と問題点

### (1) 思想・良心の自由からの立論

「君が代」裁判では、教育の自由で議論を組み立ててきた時期もあったが、いまは通常、思想の自由侵害という議論の立て方をするのが普通である<sup>62)</sup>。学校儀式における「君が代」伴奏や斉唱によって、自己の思想・良心を傷つけられた者にとっては、内心を保障する憲法19条での立論には大きな意味があったであろう。

しかし、最高裁は、教師による「君が代」のピアノ伴奏拒否という事例では、本件職務命令はそもそも憲法で保障される「思想及び良心」

を侵害したものではないと判断した。このような判断をしたのであるから、本件職務命令による制約に対して、違憲審査は不要になる<sup>63)</sup>。

これに対して、多くの学説では、ピアノ伴奏行為が憲法の思想・良心の自由によって保障されるべきことを前提として、それに対する制約が許されるかどうかを検討する。しかし、思想・良心に反する行為の強制が憲法に違反するか否かについて、憲法学説では一部の論者を除いて、必ずしも十分な議論をしてきたわけではない<sup>64)</sup>。このため、保障されるべき思想・良心の自由の内容、強制行為の合憲性を判断する審査基準および判断すべき考慮要素などが確立されているとはいえない。

こうした思想・良心の自由の理論状況からすれば、本件で問題となった自由を、「伴奏を拒絶することによって入学式における『君が代』斉唱に反対する意思を表明する積極的表現の自由として理解」し、その制約については規制目的と手段との実質的関連性を厳格に審査することも考えられよう。この見解は、政治的内容の表現が手厚く保障されるべきものであると解することとの関係から、本件のような政治的内容の思想・良心についても同様な考察の必要性を示すものである<sup>65)</sup>。また、これは、思想・良心の自由に基づく理論構成では未だ解決のなされていない点があることから、「君が代」裁判においては、それ以外の憲法規定に基づいて問題解決を図る方途も存することも示しているといえよう。

### (2) 個人への注目と裁判の限界

思想・良心の自由に基づく理論構成が有用なものであるとしても、それは個人に注目することから、「君が代」伴奏・斉唱をめぐる裁判での限界——式全体を違憲にできるのかどうか——を考えておく必要がある。というのも、思想・

良心の自由による理論構成では、「君が代」斉唱・伴奏を行う学校儀式それ自体を違憲とできるような一部の類型に該当しない限り、個々人の思想・良心の自由に着目して判断されることから、複数の人の思想・良心の自由をまとめて判断しないし、式での「君が代」のピアノ伴奏・斉唱それ自体を判断するものではないと思われるからである。しかも、思想・良心の自由の保障を、個人の「内心に有るもの」と「深いレベルで衝突するとき」に限定する見解（佐々木説）や、「思想・良心の自由は、高度に個人的な精神作用を管轄する」ことから保障されるべき範囲を限定する見解（西原説）<sup>66)</sup>をとれば、その範囲内のものについては憲法の規定によって手厚く保障されるが、その一方で、個人の思想・良心と思われるものであっても、保障されるものはきわめて限られる。なお、「個人」の思想・良心と記したが、ここでいう「個人」とは純粋なそれか、教師または音楽教師としてのものか、それらが合わさったものかによって、憲法で保障される思想・良心の具体的内容は変わらう。

この関連で、予防訴訟が注目される。予防訴訟とは、平成15年10月23日に東京都教育委員会が都立学校校長に出した通達<sup>67)</sup>の中で、入学式や卒業式等における教職員の国歌斉唱やその際のピアノ伴奏等の実施を示したことを受けて、都立学校の教員が学校儀式における国歌斉唱義務・ピアノ伴奏義務不存在の確認、不起立・不斉唱・伴奏不実施を理由とする処分の差止め等を求めた訴訟である。東京地方裁判所は、通達および校長の職務命令は思想・良心の自由を侵害するなどの理由で違憲・違法とし、原告の主張を認容する判決を出した<sup>68)</sup>。

しかし、この地裁判決について、思想・良心の自由で保障する内容を限定すべきであるという立場からは、この判決のように「国旗掲

揚、国歌斉唱に反対する」ことを「世界観、主義、主張」と捉えるのは、あらゆるものが思想・良心の下で不可侵にされてしまうとの批判がある<sup>69)</sup>。また、教員の思想・良心に基づく国歌斉唱拒否行為がその人の「……世界観」に当たるかどうかを、原告各人について確認する作業の必要性を唱える見解がある<sup>70)</sup>。こうした批判は、個人の思想・良心に着目すれば当然に生じることである。この点からすれば、たしかに予防訴訟判決に疑問な側面はある。しかし、このような理解は、予防訴訟の可能性を全面的に否定することにもなり、処分を受けてはじめて訴訟を提起できる現場の教師にとっては酷な話である<sup>71)</sup>。この問題をクリアーするために、教師に対する起立・斉唱・伴奏義務が客観的に違法であることを追求する必要もあろうが<sup>72)</sup>、すでに述べたように、これには問題が残る。

### (3) 「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決の射程

「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決は、最高裁がピアノ伴奏拒否に対して判断したものであるから、直ちに国歌斉唱拒否に対する先例となるわけではない。それぞれの拒否行為と「歴史観・世界観」との関係は同じではないからである<sup>73)</sup>。しかし、下級審ではこの判決の趣旨が拡大して適用されている。牧方市不起立教員調査事件<sup>74)</sup>のように、「君が代」斉唱に際して起立を求める職務命令に関する判断に転用されたり、都再雇用合格通知取消事件<sup>75)</sup>のように、「君が代」斉唱を命ずる職務命令に関する判断に転用されたりしている<sup>76)</sup>。

東京都に関しては、東京都教育委員会の出した10.23通達によって、それが出される前と状況が異なっていることにも注意を要する。10.23通達とそれ以前とでは、命令の主体、校長の裁量の有無、「ピアノ伴奏」という国歌斉

唱の方法に関する指定の有無、処分のありよう等において、違いがある。このため、10.23 通達後と最高裁ピアノ伴奏拒否訴訟の事案とを区別する必要がある<sup>77)</sup>。例えば、佐々木は、両者を区別し、10.23 通達後については、信条上の理由からピアノ伴奏を拒否した教員に対して、繰り返し伴奏を命じる職務命令を出すことは、「不利益取扱い」型に該当し、違憲だと説明する<sup>78)</sup>。このように、「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決の射程は限定されたものと解すべきである。

## IV 教育の自由の可能性

### 1 教育の自由とは

教育の自由は、明文の規定はないものの、憲法 23 条や 26 条などの条文によって、憲法で保障されると理解されている<sup>79)</sup>。この自由は、主体によってその内容が異なる。親の教育の自由は、子どもの学習権に仕える自由であり、公権力からの自由としての性格を持つといえよう。これに対して、教師の教育の自由は、子どもの学習権に仕える限度での自由であるが、それと同時に親や子どもとの関係では教師が権力を行使する立場であることに留意するべきである<sup>80)</sup>。

旭川学テ最高裁判決<sup>81)</sup>以来、教育権の主体を国家と国民のどちらか一方のみに求める見解は極端である、として支持されない。しかし、「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法 26 条、13 条の規定上からも許されないと解することができる」とあるように<sup>82)</sup>、憲法上許されない国家介入を防止するために、教師の教育の自由を語ることを想定することはできる。

しかし、教育の自由による立論には、裁判での主張のしやすさ／しにくさという点を除いても、その問題が指摘される。それらは、教師の教育の自由それ自体の問題性を指摘するものである。すなわち、公立学校教師は公務員であるがゆえに教育の自由の主体たりえない<sup>83)</sup>、というように、そもそも教師の教育の自由を否定する見解がある。公立学校の教師は、公権力の担い手であることから、親や子どもからすれば、その人権を侵害する危険性のある存在である。

また、ある論者は、教師の教育の自由が憲法上の人権であるとの理解は、学校という組織よりも、教師個人が教育を行うという理解に立つが、生徒指導の場面では教師個人の指導の恣意性に対する批判を考慮すると、学校は組織体として子どもの教育に当たっていると見るのが妥当だという。こう解することで、公立学校教員の外部的行為を制約する校長の職務命令が正当化されるとする<sup>84)</sup>。

このように、教師の教育の自由という構成それ自体に疑問が投げかけられていることからすれば、学校儀式における「君が代」ピアノ伴奏拒否行為に関して、教師の教育の自由から立論することについては一定の留保が必要であろう。教師の教育の自由論のさらなる理論的深化が求められていると思われる。

### 2 教育の自由を論ずることの意義

そこで、教師の教育の自由それ自体に対する疑問をひとまず棚上げして、学校儀式における「君が代」ピアノ伴奏拒否行為の問題を教育の自由からも検討してみよう。学校儀式における「君が代」ピアノ伴奏拒否に関して、思想・良心の自由ではなく、教師の教育の自由、憲法上保障されるべき根拠を見出す見解がある<sup>85)</sup>。この教師の教育の自由からすれば、教師が専門的判断から、「君が代」斉唱によって生徒・児



童の思想・良心の自由が侵害されるような場合には、それを守るために教師が抵抗したとしても、その抵抗が正当な行為とされる<sup>86)</sup>。

それでは、教育の自由を主張することの意義・有効性はどこにあるのだろうか。第1に、教育の自由が「思想及び良心」の内容を補完する役割を担うことである。思想・良心の自由は純粋な個人のそれだけに注目する理論構成を取りうるものだが、教師の職務中の行為については、思想・良心の自由のような市民的自由よりも、職能的自由である教育の自由を問う方が論理上先行する問題と考える<sup>87)</sup>。これは、教師の行動自体も、職能的自由の側面と市民的自由の側面とが教師人格において融合した複合的な性格を持つことから、思想・良心の自由などの市民的自由だけでは捉えられないことを指摘するものである<sup>88)</sup>。このため、「保護されるべき思想・良心の内容を教育の自由法理で充填することにより、その説得力が高められる可能性をもつ」との見解があるように<sup>89)</sup>、教師としての「思想及び良心」について、より適切な考察が可能となる。

第2に、学校儀式における「君が代」斉唱・伴奏それ自体の問題性を意識した考察を行えることである。思想・良心の自由に基づく立論は、教師個人の「思想及び良心」を問題にすることから、一定の場合を除いて、学校儀式における「君が代」斉唱・伴奏それ自体に注視しない。予防訴訟のように、多数の教師が学校儀式での「君が代」斉唱・伴奏それ自体を問題にしようとする場合には、教育の自由に基づく立論は意味を持ちうる。市川須美子は、思想・良心の自由に基づく拒否は、「原告個々人の義務免除（起立・斉唱拒否）の正当化にあり、……必然的に、義務づけ本体の違憲・違法性主張の詰め甘さにつながり」、「強制された行為の国家忠誠表明行為としての特質やその強度につい

ての分析よりも、結果としての拒否行動の性質分析や合憲・適法性立証に力点が置かれる」と指摘する<sup>90)</sup>。このように、裁判における「個人」の内容と重視度という点で、思想・良心の自由を主張する場合との差異が生じうる。

以上で述べてきた教育の自由による立論のポイントは、教師と生徒との関係性であろう。教師として起立・斉唱・ピアノ伴奏をすることは自らの教育実践に対する裏切りであり、生徒の思想・良心の自由の侵害に荷担することになる、との指摘がある<sup>91)</sup>。たしかに、教員が自己の意思に反することを強制されたり、従わない者に対して処分が科されたりする光景は、生徒の人格形成にとって良い影響はない。しかし、生徒の思想・良心の自由、学習権、自己決定権や親の教育の自由などを脅かしようような場合にまで、教師の教育の自由を持ち出すことはできないというべきであろう<sup>92)</sup>。

なお、旭川学テ最高裁判決の判示から、憲法23条によって「公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されない」ことが保障されており、「教師が学校儀式の場で児童・生徒の面前で斉唱・起立等を行うことは、実質的には『児童・生徒に特定の意見のみを教授』することになる」から憲法上許されない、という立論も可能である<sup>93)</sup>。ただし、最高裁が、職務命令によってピアノ伴奏を命ずることは「児童に対して一方的な思想や理念を教えむことを強制するものとみることもできない」としていることから、斉唱と伴奏の違いを明確にする必要があるだろう。

## V むすびにかえて

以上、「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決を中心に、学校儀式における「君が代」の斉唱・伴奏をめぐる問題について、現時点での

憲法学説および判例の到達点を示せたように思う。そこでは、思想・良心の自由による保障の有無を論じることが中心であった。外部的行為を憲法19条で保障するという学説の深化が著しい一方で、憲法19条の保障内容の再構成や客観法的側面に対する評価を確定させる必要がある。また、「君が代」裁判で検討されるべき「思想及び良心」の内容や、外部的行為を憲法19条で保障する場合の審査基準など、今後の検討課題があることもわかった(Ⅲ)。さらに、「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟に関しては、教育の自由という観点から十分に引き上げられていないが、それが「思想及び良心の自由」の内容を補充する可能性が示された一方で、そもそも教師の教育の自由を語ることに問題点も出されたといえよう(Ⅳ)。

ところで、「君が代」の斉唱・伴奏をめぐる問題については、他にも重要な憲法上の論点がある。その中でも特に重要なのは、「君が代」それ自体の違憲性を論じることであろう。「君」が天皇、「代」が時代や国を意味するのであれば、「その歌詞は明らかに日本国憲法の基本原則たる国民主権(1条)に反しており、違憲の歌である」<sup>94)</sup>。「君が代」自体が違憲であるならば、公立学校において校長や教育委員会が教師や児童・生徒に命じてその斉唱を行うことも、憲法尊重擁護義務(99条)に反し、違憲である<sup>95)</sup>。このような見解に対しては、「君が代の反憲法的性格を前面に押し立てた議論が人権論としての一般性をどこまで持つかには疑問もある」という批判<sup>96)</sup>があるように、たしかに現在の裁判所が「君が代」裁判における人権問題を解決するものとして「君が代」違憲論に基づく議論を受け入れるとは考えにくい。しかし、教師が「君が代」自体を否定的に評価し、それを理由に斉唱や伴奏を拒否する者にとっては、「君が代」違憲論は学校儀式における「君が代」

「強制」問題を考える上で、いまもなお重要な論点であると思われる。

- 1) 例えば、佐々木健次「国旗・国歌の強制問題の現状について」自由と正義58巻12号(2007年)90頁以下を参照。
- 2) 田中伸尚『日の丸・君が代の戦後史』(岩波書店、2000年)を参照。
- 3) 2006年の教育基本法の「改正」をはじめ、近年の教育改革については、法学においても批判的に検討されている。例えば、日本教育法学会編『教育基本法改正批判』(日本評論社、2004年)、隅野隆徳「教育基本法改定の憲法学的批判」専修大学法学研究所紀要34号・公法の諸問題Ⅶ(2009年)1頁。
- 4) 横田耕一「『日の丸』『君が代』と『天皇制』」法学セミナー541号(2000年)64頁。
- 5) 例えば、西原博史「逆接の2006年教育基本法と憲法」自由と正義58巻12号(2007年)75-77頁。また、通知表で「愛国心」が評価されることに関しては、同『良心の自由と子どもたち』(岩波書店、2006年)156-163頁、また「愛国心」教育の問題については、同『学校が「愛国心」を教えるとき』(日本評論社、2003年)も参照。
- 6) 教師が児童・生徒の意思にかかわらず、「君が代」斉唱を強制する場合を想起せよ。また、「君が代」を歌いたい児童・生徒に関する事例として、西原博史「『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判——『子どもの心の自由』を中心に」世界2007年5月号137-138頁を参照。
- 7) 吉岡直子「日の丸・君が代裁判の概観と判例動向——学テ最高裁判決大綱の基準説の継承をめぐって——」教育学研究74巻4号(2007年)507頁。なお、日本教育法学会編『新自由主義教育改革と教育三法』(有斐閣、2009年)所収(173頁以下)の資料「日の丸・君が代の訴訟の争点」も参照。
- 8) 最3小判2007年2月27日、民集61巻1号291頁、判時1962号3頁。この事件については、日野「君が代」処分対策委員会、日野「君が代」ピアノ伴奏強要事件弁護団編『日野「君が代」ピアノ伴奏強要事件全資料』(日本評論社、2008年)がある。
- 9) 東京地判2003年12月3日、民集61巻1号425

- 頁、判時1845号135頁。
- 10) 東京高判2004年7月7日、民集61巻1号457頁。
  - 11) 最高裁は、先例として、最大判1956年7月4日民集10巻7号785頁（謝罪広告事件最高裁判決）、最大判1974年11月6日刑集28巻9号393頁（猿払事件最高裁判決）、最大判1976年5月21日刑集30巻5号615頁（旭川学テ事件最高裁判決）および最大判1976年5月21日刑集30巻5号1178頁（岩教組学テ事件最高裁判決）を挙げる。これに関しては、渡辺康行「職務命令と思想・良心の自由——『君が代』ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決」法律のひろば61巻1号（2008年）60頁以下、土屋英雄「『日の丸・君が代裁判』と思想・良心の自由」（現代人文社、2007年）179-192頁を参照。
  - 12) 3つの「君が代」訴訟（京都君が代訴訟、北九州コロコ裁判、君が代ピアノ伴奏拒否事件）を素材に、憲法19条の保障範囲について論じるのが、渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』（一）——『君が代』訴訟に関する裁判例および学説の動向から——」法政研究73巻1号（2006年）1頁以下。この論考は、ドイツ流の基本権ドグマティックの「論証図式」であるところの三段階審査（保護範囲、侵害、正当化）を用いて検討を加えている。
  - 13) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）[増補版]』（有斐閣、2000年）105-115頁。なお、同旨だが、①特定の思想の強制の禁止、②思想を理由とする不利益取扱いの禁止、③沈黙の自由、の3つにまとめることも多い。
  - 14) 「君が代」のピアノ伴奏や斉唱のような外部的行為を、沈黙の自由で保障されとすることの現実的困難性を主張する論考として、西原博史『良心の自由 増補版』（成文堂、2001年）426頁以下。
  - 15) 西原・前掲注14）429-432頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）146-147頁、渡辺・前掲注12）19頁、井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008年）77頁以下。
  - 16) 民集61巻1号465-466頁。
  - 17) 最高裁は、憲法19条で保障される「思想・良心」の類型について、特定の思想を持つことを強制もしくは禁止すること、特定の思想の有無について告白することを強要すること、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制することを示し、その上で本件ではそのいずれにも当たらないと判断した。
  - 18) 小泉良幸「思想・良心に基づく外部的行為の自由の保障のあり方」法学セミナー 634号（2007年）51頁。
  - 19) 小泉・前掲注18）51-53頁、早瀬勝明「10.23通達以前の君が代ピアノ伴奏命令を合憲とした最高裁判決」山形大学紀要（社会科学）38巻1号（2007年）58-64頁、門田孝「市立小学校入学式で『君が代』斉唱時にピアノ伴奏を命じる職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例」速報判例解説vol.1（2007年）34-35頁。
  - 20) 坂田仰「判例から教育現場を考える（4）君が代伴奏職務命令の妥当性——公立学校教員の思想・良心の自由——」月刊高校教育40巻9号（2007年）79-80頁。坂田は、校長の職務命令一般が「学校の統一性」を維持するために出されるという性格を考慮すると、「公立学校教員の外部的行為を制約する論理として憲法が容認する『全体の奉仕者性』への強い推定が働く」と見るべきであろう」と述べる（同80頁）。また、百地章「思想・良心の自由と国旗・国歌問題」日本法学73巻2号（2007年）89頁以下。
  - 21) 安西文雄「市立小学校の校長が音楽専科の教諭に対し入学式における国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏を行うよう命じた職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例——君が代ピアノ伴奏職務命令拒否懲戒処分事件上告審判決」判例時報1981号（判例評論586号）（2007年）172-173頁。安西によれば、最高裁の理解は次のようなものだという。内面の思想・良心と外部的行為が密接不可分または直結関係にある場合は、当該外部行為を禁ずることは思想・良心の制約になるという。これに対して、内面の思想・良心に基づいてとりうる外部的行為が多様に存在する場合は、ある一つの外部的行為を禁じたとしても直接的な抑圧ではなく、自由に対する制約にならないという。

また、土屋・前掲注11）209頁、青野篤「『君が代』ピアノ伴奏命令と教師の『思想・良心の自由』」法政研究75巻1号（2008年）123-124頁。

- 22) 森英明「時の判例：市立小学校の校長が音楽専科の教諭に対し入学式における国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏を行うよう命じた職務命令が憲法19条に違反しないとされた事例」

- ジュリスト 1344 号 (2007 年) 84 頁。
- 23) 同上。
- 24) 佐々木弘通『『君が代』ピアノ伴奏拒否事件 最高裁判決と憲法第 19 条論』自由と正義 58 巻 12 号 (2007 年) 84-85 頁。
- 25) 本判決が旭川学テ最高裁判決 (必要かつ相当と認められる範囲で国家の教育内容決定権を認めた) を引用する趣旨も、本判決が個別的・具体的検討をしないことに関連する。というのは、それを引用することによって、『『君が代』伴奏を内容とする職務命令の適法性が、具体的・個別的事情によって左右されることを回避した』と考えられるからである。小泉・前掲注 18) 51 頁。
- 26) 那須補足意見は、「本件の核心問題は、『一般的』あるいは『客観的』には上記 (多数意見——筆者注) のとおりであるとしても、上告人の場合はこれが当てはまらないと上告人自身が考える点にある。上告人の立場からすると、職務命令により入学式における『君が代』のピアノ伴奏を強制されることは、上告人の前記歴史観や世界観を否定されることであり、さらに特定の思想を有することを外部に表明する行為と評価され得ることにもなるものではないかと思われる」と説明する。民集 61 巻 1 号 297 頁。
- 27) 西原・前掲注 6) 141 頁。同旨、土屋・前掲注 11) 193-195 頁、早瀬・前掲注 19) 59-61 頁、門田・前掲注 19) 35 頁、渡辺康行「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』——ピアノ伴奏拒否事件と予防訴訟を素材として」ジュリスト 1337 号 (2007 年) 34 頁。「個別の」検討の必要性を指摘するものに、多田一路『『君が代』伴奏拒否訴訟』法学セミナー 630 号 (2007 年) 112 頁、青柳幸一「思想・良心の表出としての消極的外部行為と司法審査」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 公法 I』(慶應義塾大学出版会、2008 年) 87-91 頁。これに対して、ピアノ伴奏拒否行為が一般的には X の歴史観ないし世界観と不可分に結び付くものとはいえない、という最高裁の説示は、「自由に対する制約がないことを論証する一節である」という指摘もある (安西・前掲注 21) 172 頁)。
- 28) 渡辺・前掲注 27) 34 頁を参照。
- 29) 木村草太「音楽専科教諭の『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分取消訴訟上告審判決」自治研究 84 巻 12 号 (2008 年) 143 頁。ただし、木村は、個人の思想・良心を理由に義務免除を認める見解に対して、それが「あまりにも強い効果を主観的な」事情に係わらせるものであるがゆえに、「本判決が、思想・良心と行動との結び付きを『一般的』な観点から判断すべきことを強調し」、義務免除に消極的な姿勢を示すのは、やむを得ないとする。同 154 頁。
- 30) 教師としての職務を前提とする思想・良心については、教育の自由との問題が関係するとの指摘がある。横田守弘『『君が代』ピアノ伴奏拒否事件上告審判決』季刊教育法 158 号 (2008 年) 82 頁。なお、この点に関連して、「教師」あるいは教師の役割を果たす「個人」のありようから議論の枠組みの構築を目指すものに、新岡昌幸「教師の『人権』と職務命令——『君が代』ピアノ伴奏拒否事件を素材にして」季刊教育法 142 号 (2004 年) 71 頁以下。
- 31) 佐々木・前掲注 24) 84 頁、横田 (守)・前掲注 30) 83 頁。
- 32) 民集 61 巻 1 号 302 頁。この考え方は学説でも評価されている。例えば、佐々木・前掲注 24) 89 頁、西原・前掲注 6) 142-143 頁。
- 33) 戸波江二『『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分をめぐる憲法上の問題点』早稲田法学 80 巻 3 号 (2005 年)。なお、「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟最高裁判決は、憲法上の権利を理由に、法律上の「制度」を問い直すことに消極的な姿勢を示した、と解するものに、小島慎司『『教育の自由』』安西文雄ほか『憲法学の現代的論的 [第 2 版]』(有斐閣、2009 年) 421 頁以下。
- 34) 佐藤幸治『憲法 [第 3 版]』(青林書院、1995 年) 488 頁。
- 35) 同上。なお、百地・前掲注 20) 108 頁は、「例外的に、国法に従うことが人間性の核心部分 (信仰など) を否定することになるような特別の場合には、不服従が認められることもありうる」として、「良心的兵役拒否」はその数少ない典型例と捉える。
- 36) 百地・前掲注 20) 108-111 頁。
- 37) 木村・前掲注 29) 146-147 頁。本文で引用した議論だと公務員の権利制約を安易に認めることになるとの批判に対して、木村は、安全配慮義務違反の可能性を示し、本件では同義務違反だと評価されうると述べる。同 151-153 頁。



- 38) 例えば、戸波・前掲注33) 110頁。
- 39) 最2小判1996年3月8日民集50巻3号469頁。
- 40) 戸波・前掲注33) 108-109頁。
- 41) 戸波・前掲注33) 110-112頁。
- 42) 戸波・前掲注33) 132-143頁。同旨、例えば、小泉・前掲注18) 53頁は、本件のような伴奏は音楽教師の本来業務でなく、テープ等の代替措置が可能であり、それが教育目標の達成を阻害するとは考えにくい、と述べる。
- 43) 門田・前掲注19) 36頁。
- 44) 西原・前掲注6) 138-139頁。樋口陽一も、「『国民の教育権』＝親や教師の教育の自由は」、教育の私事性ではなく、「『国家の教育権』の内実を国民によって充填しようという論理構造をもつものだった」と指摘する。樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会、1994年）133-134頁。
- 45) 西原・前掲注14) 461-462頁。
- 46) 佐々木弘通「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」成城法学66号（2001年）1頁、同「思想良心の自由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社、2005年）287頁。佐々木・前掲注24)も参照。
- 47) 佐々木・前掲注46)「思想良心の自由と国歌斉唱」311頁。同旨、同・前掲注46)「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」45頁。
- 48) 佐々木・前掲注46)「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」48頁、同・前掲注46)「思想良心の自由と国歌斉唱」298-299頁。
- 49) 佐々木・前掲注46)「思想良心の自由と国歌斉唱」301-311頁。なお、佐々木によれば、「不利益取扱い」型でも対処できないという。というのは、不利益を課す理由が、内心ではなく、あくまで外的行為自体であるといわれると、反論するのが困難だからである。
- 50) 佐々木・前掲注46)「思想良心の自由と国歌斉唱」311-321頁。なお、対生徒との関係では、斉唱は「自発的行為」に関する「強制」の問題であり、「強制」は、法的強制がないとすれば、同調圧力に屈する形で国歌斉唱行為が行われてしまう点に見出す。
- 51) 佐々木弘通「『国歌の斉唱』行為の強制と教員の内心の自由」法学セミナー595号（2004年）44頁。
- 52) 渋谷秀樹「『日の丸・君が代』強制についての憲法判断のあり方——学校儀式における教師の場合——」立教法務研究2号（2009年）12頁を参照。
- 53) 棟居快行「『君が代』斉唱・伴奏と教師の思想の自由」自由人権協会編『市民的自由の広がり』（新評論、2007年）83-84頁。棟居によれば、佐々木の立論は、「内心の自由の保障が中心をなすはずの思想の自由にとっては、強制が強ければ強いほど侵害とされにくいということであるから、解釈論上の重大な背理」とされる。同83頁。
- 54) 棟居・前掲注53) 68頁。
- 55) 棟居・前掲注53) 69頁。
- 56) 西原博史「『君が代』斉唱の強制と思想・良心の自由」早稲田社会科学研究51号（1995年）95頁。
- 57) 西原・前掲注56) 78頁。
- 58) 西原・前掲注56) 95-101頁。なお、西原・前掲注14) 439-448頁。
- 59) 辻村みよ子『憲法〔第3版〕』（日本評論社、2008年）199頁も、「公権力が特定の思想を禁止ないし強制できないことであり、精神活動に対する国家の中立性原則が内容とされる」と説明する。
- 60) 樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』（岩波書店、1979年）23頁。
- 61) 佐々木・前掲注46)「『人権』論・思想良心の自由・国歌斉唱」9-11頁、20-21頁の注（13）。
- 62) 戸波江二ほか「座談会 戦後教育制度の変遷——戦後教育の軌跡と現況、将来の課題」ジュリスト1337号（2007年）26頁〔戸波江二発言〕。
- 63) 小泉・前掲注18) 51頁。この場合は、判旨（3）の箇所は、本件職務命令それ自体の合理性を示す箇所と読むことになる。横田（守）・前掲注30) 84頁、渡辺・前掲注27) 37頁、青野・前掲注21) 125頁。
- 64) 門田・前掲注19) 36頁。
- 65) 浅野博宣「君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件」ジュリスト1354号・平成19年度重要判例解説（2008年）13頁。
- 66) 西原は、「思想・良心の自由は、高度に個人的な精神作用を管轄する」ものなので、「自らの良心に反する行為を強制され、そのことによって良心本体が回復困難な損害を被り、もはや自分が自分でなくなってしまうような人格破壊に直面するギリギリの場面で初めて、具体的な行動に関する法や国家の命令が良心の自由に対

する侵害として構成される」と説明する。西原・前掲注6) 140頁。

なお、西原は児童・生徒に関してであるが、いじめなどの事実上の不利益を想定できる場合があることから、児童・生徒には「君が代」斉唱を行う儀式への不参加権が保障されるべきことを前提に、不参加を選択するという可能性を制度的に十分に整えることなく「君が代」斉唱が実施されれば、「そうした儀式の挙行自体が、思想・良心の自由を侵害する違法な強制を含むものとして、憲法違反となる」とする。西原・前掲注14) 436-439頁。これに対して、佐々木は、そのような事実上の不利益の存在を防止するという学校側の責任から、儀式自体の違憲性を帰結できないと批判する。佐々木・前掲注46) 『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』62-63頁。

67) 「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について（通達）」。この通達は、入学式、卒業式等の実施に当たっては、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する実施指針」の通り行うことや、国旗掲揚・国歌斉唱の実施に当たり、教職員が本通達に基づく校長の職務命令に従わない場合は、職務上の責任を問われることを教職員に周知することを指示する。そして、実施指針の「2国歌の斉唱について」では、「1. 式次第には、『国歌斉唱』と記載する」「2. 国歌斉唱に当たっては、式典の司会者が、『国歌斉唱』と発声し、起立を促す」「3. 式典会場において、教職員は、会場の指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する」「4. 国歌斉唱は、ピアノ伴奏等により行う」とされた。

68) 東京地判2006年9月21日判時1952号44頁。

69) 西原・前掲注6) 140頁。

70) 佐々木弘通「国歌斉唱強制と教員の内心の自由——『日の丸・君が代』予防訴訟」法学教室318号別冊付録・判例セレクト2006（2007年）5頁。

71) 渡辺・前掲注27) 38頁。

72) なお、渡辺・前掲注27) 39頁を参照。

73) 安西・前掲注21) 172-173頁は、国歌斉唱拒否と拒否者の歴史観・世界観との関係は、ピアノ伴奏拒否と拒否者の歴史観・世界観との関係よりも近いことから、本判決の射程は局限されたものとなる可能性も否定できないとする。な

お、「一般的・客観的」という観点からすれば、「本判決は、生徒に対する起立や斉唱等の強制でさえ正当化しうる論理を内在させている」との見方もある（青野・前掲注21) 129頁）。

74) 大阪地判2007年4月26日、判タ1269号132頁。

75) 東京地判2007年6月20日、判時2001号136頁。

76) 2つの判決については、渡辺・前掲注11) 67-69頁を参照。

77) 早瀬・前掲注19) 65頁。

78) 佐々木・前掲注24) 89頁。

79) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2006年）495頁〔野中俊彦執筆〕。

80) 野中ほか・前掲79) 495-496頁。

81) 最大判1976年5月21日刑集30巻5号615頁。

82) たしかに、生徒が如何なる価値観を有する人物になるかは、社会公共の側からも重大な関心事だが、「公教育」が独占的に生徒の人格形成をすることは公教育の管轄を超える。民主主義の公的な空間で複数の価値観が統合されるプロセスを通じて初めて良き公共空間が形成されるからである。公教育が特定の価値観を押しつけることは、このようなプロセスを不可能にする。棟居・前掲注53) 67頁。この説明は、公教育のあり方と民主主義との関係を説明するものとして、重要な指摘である。

83) 戸波江二「教育法の基礎概念の批判的検討」戸波江二・西原博史編『子ども中心の教育法理論に向けて』（エイデル研究所、2006年）23頁。なお、奥平康弘は、教師は学校教育という仕事を行う機関としての地位にあるとして、教師の教育権を否定する。奥平康弘「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣、1981年）416-418頁。また、教師の教育の自由に対しては、親の権利が教師集団に信託する義務を内容とするものと観念され、親の自己決定の内実が否定される、という批判もある。西原・前掲注5) 「逆接の2006年教育基本法と憲法」72-74頁。

84) 坂田・前掲注20) 80頁。

85) 予防訴訟で当事者となっている教師は、もっぱら教育の自由論で考えている。戸波江二ほか・前掲注62) 26頁〔戸波江二発言〕。

86) 斎藤一久「国旗・国歌の強制」日本教育法学会編・前掲注3) 46頁。なお、この問題点も指摘されている。

- 87) 市川須美子「教師の日の丸・君が代拒否の教育の自由からの立論」法律時報80巻9号（2008年）73頁。
- 88) 同上。
- 89) 成嶋隆「『日の丸・君が代』訴訟における思想・良心の自由と教育の自由」法律時報80巻9号（2008年）78-79頁。
- 90) 市川・前掲注87) 76頁。
- 91) 市川・前掲注87) 76-77頁。また10.23通達も、教育の自由の観点から違憲だと説明する。
- 92) 儀式のような公的な場での振る舞いについての、「人格の核心にかかわる自己決定は、……生徒本人および保護者に100パーセント委ねられるべきである」。棟居・前掲注53) 67頁。
- 93) 渋谷・前掲注52) 9頁。
- 94) 横田（耕）・前掲注4) 64頁。
- 95) 土屋英雄『自由と忠誠』（尚学社、2002年）、同『思想の自由と信教の自由——憲法解釈および判例法理（増補版）』（尚学社、2008年）は、「君が代」の斉唱・伴奏をめぐる問題で、「君が代」の違憲性を強調した議論を行う。
- 96) 西原博史「思想・良心の自由」小山剛・山本龍彦・新井誠『憲法のレシピ』（尚学社、2007年）66頁。